

## O uso criativo dos paradoxos do direito no reconhecimento e aplicação de princípios constitucionais implícitos

Guilherme F. A. Cintra Guimarães

**Palavras-chave:** Princípios constitucionais implícitos. Sistema social. Constituição.

**Sumário:** Introdução – 1 O direito como sistema social: autorreferência e paradoxos – 2 O uso criativo dos paradoxos e os princípios constitucionais implícitos – Conclusão – Referências

### Introdução

O estudo dos princípios constitucionais tem sido frequente nos campos da teoria da Constituição e do direito constitucional contemporâneos. Várias são as reflexões atualmente existentes sobre o tema, na sua maioria ressaltando o papel importante que desempenham na estruturação do ordenamento jurídico nacional e no direcionamento de uma interpretação da legislação infraconstitucional adequada em relação ao texto da Constituição.

Neste breve artigo, buscar-se-á refletir acerca da possibilidade de reconhecimento e aplicação de princípios constitucionais implícitos, isto é, aqueles princípios que, embora não estejam expressamente previstos no texto constitucional, são invocados

como vigentes em decorrência do próprio regime adotado pela Constituição — possibilidade esta que contém previsão expressa no art. 5º, §2º,<sup>1</sup> da Constituição Federal de 1988.

Partindo da descrição do direito como um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade moderna, a possibilidade de reconhecimento e aplicação desses princípios será analisada como uma espécie de dispositivo autossimplificador por meio do qual o sistema jurídico utiliza criativamente os paradoxos decorrentes da sua constituição autorreferencial no desenvolvimento e aperfeiçoamento das suas próprias operações.<sup>2</sup>

## **1 O direito como sistema social: autorreferência e paradoxos**

A perspectiva teórica adotada é aquela proposta pela teoria da sociedade moderna do sociólogo alemão Niklas Luhmann.<sup>3</sup> De acordo com esta perspectiva, a sociedade moderna pode ser descrita como um sistema social composto única e exclusivamente por comunicação, no interior do qual se diferenciaram diversos (sub)sistemas sociais específicos encarregados da realização de uma determinada função, como, por exemplo, direito, política, economia e ciência.<sup>4</sup>

No desempenho de sua função, os sistemas sociais devem ser capazes de funcionar de maneira autônoma, produzindo e reproduzindo suas operações a partir dos seus próprios elementos e estruturas — o que, nos termos da teoria luhmanniana, é denominado de autopoiesis.<sup>5</sup> Este fechamento operacional é que lhes permite manter e incrementar a sua diferenciação e especificidade diante do sistema social global. No entanto, isto não implica que eles funcionem de maneira isolada e totalmente independente do seu ambiente externo. Os sistemas

devem se predispor continuamente ao aprendizado, processando as demandas que lhes são direcionadas através das irritações produzidas pelos demais sistemas sociais, pois somente assim podem realizar de maneira útil a sua função.<sup>6</sup>

A autonomia dos sistemas também indica o caráter policontextual da sociedade moderna, isto é, o fato de que ela não está estruturada hierarquicamente, sendo composta por diversos subsistemas autônomos e diferenciados que produzem, cada um a seu modo, as suas próprias descrições do sistema social global.

Na modernidade, não há, portanto, um vértice ou centro, seja ele a política ou a religião, capaz de fornecer descrições unívocas e universais da sociedade. Com a dissolução da antiga ordem pré-moderna, os fundamentos da sociedade, anteriormente descritos como naturais ou transcendentais, passaram a ser progressivamente percebidos como construções artificiais. Esta é a característica do modo de funcionamento autorreferencial da sociedade moderna, que, como sistema comunicativo global, se produz e reproduz a todo momento sem a necessidade de fundamentos externos, entendidos como algo universal, atemporal, transcendente e imutável que está supostamente fora da sociedade e, portanto, indisponível para um tratamento comunicativo constitutivo de sentido.

Assim como o sistema social global, os demais (sub)sistemas sociais também operam de modo autorreferente, produzindo e reproduzindo os seus elementos a partir das suas próprias estruturas e sem a necessidade de interferências e fundamentos externos. Todos possuem um código binário específico que possibilita um processamento comunicativo autônomo dos eventos que são decodificados no seu interior.<sup>7</sup>

O sistema jurídico opera com base no código binário direito/não direito, o que lhe permite classificar todos os comportamentos

como contrários ou conformes ao direito, realizando a função de estabilizar expectativas normativas de conduta de forma congruente e em bases contrafáticas.<sup>8</sup>

Como sistema social diferenciado e autorreferente, o direito não possui fundamentos externos. Os fundamentos para a vigência das normas jurídicas e para a formulação das decisões judiciais são todos produzidos internamente. Devido à positivação do sistema jurídico levada a cabo a partir dos movimentos constitucionalistas, não há mais um núcleo imanente e supostamente imutável responsável por condicionar o conteúdo do direito vigente. Na sociedade moderna, todo o direito é produzido por força de uma decisão, podendo ser rotineiramente modificado através de processos decisórios regulados pelo próprio sistema jurídico.<sup>9</sup>

Essa ausência de fundamentos externos que constitui a base do caráter autorreferencial do sistema jurídico dá origem a uma estrutura circular e paradoxal, na qual o sistema do direito define, a cada momento e com base nas suas próprias normas e procedimentos, o que é e o que não é direito.

De acordo com Luhmann, “paradoxos existem sempre onde procuramos por fundações”.<sup>10</sup> Sendo a sociedade moderna, assim como os seus centros funcionais, um sistema de comunicação que opera sem referências externas, seus fundamentos são sempre produzidos internamente, ou seja, são sempre o resultado de uma autoprodução.

Buscar os fundamentos do sistema jurídico significa questionar com base em que o direito se atribui o direito de decidir o que é e o que não é direito, o que reflete a tentativa de aplicação da distinção binária direito/não direito a si mesma.

Todavia, todas as distinções permitem observar apenas aquilo que

elas mesmas distinguem. A distinção inicial atua como uma espécie de “ponto-cego” das observações que, a partir dela, são possíveis. Toda tentativa de aplicar a distinção a si mesma, isto é, de observar a distinção a partir da própria distinção leva inevitavelmente a um paradoxo, que tem o efeito de bloquear futuras observações:

A cada distinção é consentido observar apenas aquilo que esta mesma distinção permite que seja observado. Nenhuma distinção pode ser aplicada a si mesma de maneira absoluta, o que faz surgir um paradoxo. A Teoria da Sociedade conhece este como o paradoxo da unidade da diferença. O direito observa a sua unidade enquanto unidade da diferença entre o que é e o que não é direito, mas não pode observar se é direito ou não é direito determinar o que é direito ou não direito. A auto-observação é uma operação que é, de um lado, um produto do sistema, na medida em que constitui uma operação deste e, de outro lado, um pressuposto da *autopoiesis* do sistema, na medida em que influi no desenvolvimento posterior desta. Quando falamos em condição constitutiva paradoxal dos sistemas sociais entendemos, então, que estes sistemas usam sua própria diferença sistema/ambiente para se constituírem enquanto sistema. O direito descreve o que é, indicando aquilo que ele não é. Cada tentativa de conduzir esta diferença à sua unidade, revela esta mesma diferença como um “ponto cego” que, afinal, torna possível a observação.<sup>11</sup>

O paradoxo característico da constituição autorreferencial do direito e dos demais sistemas sociais não configura, porém, um problema ao nível das operações. Não obstante a impossibilidade

de apontar fundamentos jurídicos — e, portanto, internos — de forma não paradoxal para as suas próprias operações, o sistema do direito produz e reproduz continuamente decisões jurídicas. Há uma espécie de cegueira no plano operativo, o que permite ao sistema funcionar como se o paradoxo não existisse.

No plano das observações, entretanto, o paradoxo irá constituir um bloqueio à descrição coerente do sistema, especialmente quando ele observa a si mesmo como uma unidade diferenciada em relação ao seu ambiente externo.<sup>12</sup>

Essa duplicidade no relacionamento com os paradoxos pode ser visualizada a partir da contraposição entre dogmática jurídica e teoria jurídica e das suas respectivas estratégias “desparadoxantes”.

A dogmática jurídica cumpre a tarefa de delimitar o campo do juridicamente possível e, portanto, do que pode ser objeto de uma decisão no interior do sistema do direito.<sup>13</sup> A partir do material legislativo produzido pelo parlamento e de casos anteriormente decididos com base nos mesmo pressupostos, ela fornece premissas para a tomada de decisões através da construção de programas condicionais, do tipo se/então, e os apresenta na forma de “fontes do direito”. Ao disponibilizar critérios para a aplicação concreta do código binário direito/não direito, a dogmática interrompe a circularidade autorreferencial do sistema jurídico, tornando possível a contínua formulação e implementação de decisões.<sup>14</sup>

Já a teoria jurídica é responsável pela reflexão acerca da unidade do sistema do direito. Cabe a ela a tarefa de “descrever de maneira não dogmática a dogmática”,<sup>15</sup> isto é, de fornecer explicações plausíveis para o funcionamento do sistema jurídico como um todo, apontando-lhe fundamentos. Nesta atividade de auto-observação, todavia, o sistema vai de encontro com os seus

paradoxos, que, como vimos, constituem um obstáculo à reflexão. Os paradoxos são então ocultados a partir da utilização de instrumentos semânticos provisórios. Como exemplo, poderíamos citar as metáforas de cunho nitidamente tautológico fornecidas pelas teorias contratualistas, que apontam a existência de um suposto contrato social, figura tipicamente jurídica, como uma espécie de fundamento pré-jurídico para o direito, e jusracionalistas, que identificam o fundamento do direito na razão, sendo que apenas a própria razão pode indicar o que está conforme ou não à razão e, portanto, o que é e o que não é direito.

A progressiva modificação das estruturas sociais tende, porém, a tornar anacrônico o material semântico produzido pelas teorias, ocasião em que os paradoxos (re)aparecem. A história do pensamento jurídico pode, então, ser interpretada como a sucessão de tentativas provisórias e sempre frustradas de evitar o encontro do direito com os seus próprios paradoxos.<sup>16</sup>

A complexidade de todas essas formulações pode ser mais facilmente visualizada a partir do exemplo fornecido por uma famosa história supostamente de origem talmúdica:<sup>17</sup>

(...) um professor tenta resolver uma discussão entre dois alunos. O primeiro aluno expôs o seu ponto de vista e, após refletir por algum tempo, o mestre deu-lhe razão. Então, o segundo aluno também apresentou seus argumentos e o professor, depois de longa reflexão, também lhe deu razão. Os dois alunos ficaram estupefatos com o fato de o mestre dar a razão a duas versões contraditórias dos mesmos fatos. Argumentaram que isso não era possível. Após uma nova longa reflexão, o professor então respondeu: “De fato, vocês também têm razão”.<sup>18</sup>



Podemos, então, indagar como, no interior do sistema do direito, poderia ser respondida essa “terceira questão”? Um juiz<sup>19</sup> também poderia se dar ao luxo de fornecer uma resposta amigável, que, em termos práticos, equivaleria a admitir explicitamente a paradoxal identidade da diferença entre direito e não direito? Obviamente que não. O juiz está obrigado a decidir e, conseqüentemente, a apontar motivos para as suas decisões.<sup>20</sup> Neste nível das operações, o paradoxo passa despercebido, já que os critérios dogmáticos fixam diretrizes para uma fundamentação minimamente consistente das decisões. Esta consistência, todavia, pode ser questionada no plano das observações, em que as teorias do direito, ao se depararem com o paradoxo, buscam ocultá-lo através de construções semânticas artificiais.<sup>21</sup>

Sobre a relação entre a constituição paradoxal do sistema jurídico e a atividade de reconhecimento e aplicação de princípios constitucionais implícitos, buscar-se-á refletir a seguir.

## **2 O uso criativo dos paradoxos e os princípios constitucionais implícitos**

Conforme se pôde observar, os paradoxos são constitutivos do modo de operação autorreferente do sistema jurídico. Todavia, tendo em vista evitar a paralisia provocada por estruturas e elementos circulares e tautológicos somente capazes de se referir a si mesmos, o sistema desenvolve estratégias “desparadoxantes”, que consistem na introdução de assimetrias capazes de interromper a sua circularidade autorreferencial. Através da inserção de distinções assimétricas, os paradoxos podem ser utilizados de uma maneira criativa, tornando o sistema



operativo:

Os sistemas sociais se desparadoxam, tornando operativa a circularidade de sua auto-referência, mediante a colocação de assimetrias. As assimetrizações propiciam ao sistema a sua capacidade de conectar operações a operações. Não constituem uma forma de desparadoxação no sentido de que fazem desaparecer o paradoxo do sistema. O paradoxo permanece, ainda que “escondido”, como condição da auto-referência do sistema e, portanto, como condição da própria existência deste. Mais ainda, o paradoxo é uma condição de desenvolvimentos criativos, de ulteriores distinções, mais específicas e sequencializadas temporalmente. Projeta-se, desta maneira, para o futuro aquilo que não é possível na simultaneidade.<sup>22</sup>

Os paradoxos podem, então, ser interpretados como uma fonte de criatividade para o sistema. Ao evitar o encontro com os seus próprios paradoxos, buscando ocultá-los, o sistema se vê obrigado a estabelecer novas distinções criativas que possibilitam a contínua produção e reprodução das suas operações, assim como permitem a formulação de autodescrições coerentes e minimamente consistentes.

As teorias jurídicas, na tentativa de descrever a unidade do sistema do direito de modo não paradoxal, foram responsáveis, ao longo da história, pela formulação de diversas distinções “desparadoxantes”, tais como direito positivo/direito natural, legislação/jurisdição e, mais recentemente, princípio/consequência.<sup>23</sup>

A positivação do direito, que marca o declínio das concepções

jusnaturalistas, levanta o problema de como justificar a autofundação do sistema jurídico. O positivismo jurídico oferece, então, a distinção entre legislação e jurisdição como forma de ocultar o paradoxo do direito que regula a produção e reprodução do próprio direito. As atividades de produção e aplicação do direito são, então, concebidas como distintas: de um lado, há a formulação de leis gerais e abstratas cuja modificação é justificada por motivos políticos e, de outro lado, há a aplicação individualizada das leis às situações particulares, em que devem ser levadas em conta as especificidades de cada caso concreto.<sup>24</sup>

A intensificação da produção legislativa, muitas vezes de baixa qualidade, assim como a progressiva inserção de elementos teleológicos na legislação — o que constitui uma característica do modelo de Estado de Bem-Estar implantado na maioria dos países ocidentais durante o século XX —<sup>25</sup> leva a prática jurídica a constatar que tanto as decisões judiciais quanto as decisões legislativas são capazes de introduzir modificações no sistema jurídico. A constatação da criação jurisprudencial do direito dá origem a uma outra estratégia “desparadoxante”, que insere uma assimetria no plano temporal através da distinção princípio/consequência.<sup>26</sup> A atividade criativa do juiz passa a ser observada como a aplicação de princípios previamente existentes no ordenamento com vistas à obtenção das consequências previstas pelo próprio princípio: o princípio funciona como a condição para a tomada de uma decisão que dá origem a uma determinada consequência.<sup>27</sup>

A questão da aplicação dos princípios, entendidos como cláusulas gerais de conteúdo abstrato, esteve presente ao longo da história do direito ocidental. Na modernidade, entretanto, a problemática adquire contornos peculiares devido à positividade e ao caráter autorreferencial do sistema jurídico moderno, cujos princípios não podem mais remeter a fatores externos, devendo ser observados

como elementos já existentes no próprio sistema.<sup>28</sup>

Para servir como premissas decisórias, a dogmática jurídica oferece, então, como fontes de direito, em um momento inicial, a figura dos princípios gerais do direito,<sup>29</sup> primeiramente previstos nas codificações efetuadas durante o século XIX e início do século XX, e, em um momento posterior, os chamados princípios constitucionais, que representam, de certo modo, a inserção dos princípios gerais no texto da Constituição, de forma expressa ou implícita.<sup>30</sup>

Os princípios constitucionais implícitos, conforme já indicado na introdução, são aqueles princípios que, embora não estejam expressamente previstos no texto constitucional, são invocados como vigentes devido ao próprio regime adotado pela Constituição.<sup>31</sup> O que significa, no entanto, reconhecer e aplicar princípios que não estão previstos, mas cuja previsão deve ser admitida como “implícita”?

De acordo com todas as observações expostas até o momento acerca do funcionamento do sistema jurídico, podemos descrever a atividade de reconhecimento e aplicação desses princípios constitucionais implícitos como um mecanismo utilizado pelo sistema do direito para ocultar o seus próprios paradoxos. Pressupondo a existência de princípios que não estão expressos no ordenamento, o juiz formula decisões a partir de princípios que ele mesmo cria. No entanto, o juiz observa a sua atividade não como a criação de princípios novos que são externos ao sistema, mas sim como a aplicação de princípios já existentes que ele não cria, mas sim descobre no interior do próprio sistema:

Uma vez que são construídos, pode-se supor que os princípios estão sempre presentes no sistema. Na realidade,

contudo, não estão presentes no sistema. Na atividade decisória, o juiz deve considerá-los como internos ao sistema, porque só assim pode aplicá-los: ele não poderia produzir decisões em conformidade com o sistema se os princípios não fossem princípios do sistema. O juiz utiliza pontos de referência que ele constrói quando decide, mas toma-os como presentes no direito. Em tudo isso, o juiz não vê nenhuma contradição, pois não existem alternativas para a sua atividade decisória.<sup>32</sup>

Como está obrigado a decidir — já que, pelo princípio do *non liquet*, a não decisão não é permitida —, o juiz se vê coagido a reconhecer e aplicar um princípio que ele mesmo cria, justificando a sua atividade criativa como uma “descoberta” de princípios implícitos e já existentes. A dimensão paradoxal desta atividade constitui um problema apenas quando as teorias jurídicas buscam descrevê-la de uma forma coerente e não contraditória, ocasião na qual, para fugir do paradoxo, introduzem distinções “desparadoxantes” como as já expostas acima.

Esses princípios também podem ser compreendidos como construções paradoxais com um alto potencial de operatividade. Eles deixam aberto um espaço para que, no processo de formulação e implementação das decisões jurídicas, sejam inseridas distinções que introduzem novas assimetrias capazes de interromper a circularidade autorreferencial do sistema do direito de uma maneira criativa.

Um exemplo interessante pode ser obtido a partir da reflexão sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, que, no Brasil, por não estar expressamente previsto no texto constitucional, é reconhecido e aplicado como um princípio constitucional implícito.<sup>33</sup>

Na análise de questões ligadas aos limites da intervenção estatal em matéria de direitos fundamentais, por exemplo, o paradoxo subjacente à possibilidade de reconhecimento desses princípios permite que seja inserida, no sistema, a distinção entre medidas proporcionais e desproporcionais, o que possibilita a rejeição de determinados atos administrativos ou legislativos com base na suposta violação ao princípio da proporcionalidade, cuja existência é indicada como implícita.

No entanto, como a ideia de proporcionalidade possui um conteúdo semântico altamente indeterminado — se nem o próprio princípio está previsto expressamente, que dirá os critérios balizadores do seu conteúdo —, a teoria constitucional é forçada a introduzir outras distinções “desparadoxantes” que, supostamente, são capazes de indicar, em cada caso, o que é proporcional e o que não é; daí a construção conceitual dos três subprincípios: proporcionalidade *stricto sensu*, adequação e necessidade.<sup>34</sup>

Essas três novas distinções, todavia, assim como a própria distinção inicial proporcional/desproporcional, apenas projetam o paradoxo para o futuro, pois somente diante de um caso concreto será possível definir, de maneira conclusiva, o que é necessário e o que é desnecessário, o que é adequado e o que é inadequado e o que é proporcional em sentido estrito e o que é desproporcional em sentido estrito. Embora todos estes critérios sejam construídos no momento da decisão, são observados pelo sistema como a aplicação particularizada de um princípio já existente, mesmo que de forma implícita.

Essa análise poderia também ser estendida a outros princípios implícitos de natureza constitucional, como, por exemplo, razoabilidade, segurança jurídica, equidade e unidade da Constituição.

Não obstante representem uma fonte de criatividade para o

sistema, ao possibilitarem a introdução de distinções assimétricas que tornam o sistema operativo, esses princípios — não só os implícitos, mas também os que estão expressos no texto constitucional —, por estarem submetidos a uma programação condicional altamente flexível, podem também permitir uma excessiva instrumentalização das decisões judiciais ao pressionarem o direito a se orientar pelas suas consequências, abrindo espaço para a inserção de valores externos ao seu código — oriundos da moral, da política ou da economia, por exemplo — e colocando em risco a própria diferenciação funcional do sistema jurídico moderno.<sup>35</sup>

Para finalizar, pode-se exemplificar como o sistema do direito utiliza criativamente os seus paradoxos ao reconhecer e aplicar princípios constitucionais implícitos a partir da história do “décimo segundo camelo”:

(...) um velho beduíno havia deixado em testamento a seguinte distribuição de seus bens (doze camelos) entre seus três filhos: o filho mais velho, Achimed, deveria ficar com a metade dos bens. Ao filho do meio, Áli, caberia um quarto dos camelos, e ao caçula, Benjamin, um sexto. Quando o pai morreu, o número dos camelos havia se reduzido, e agora o complexo de seus bens consistia em onze camelos. Áli argumentou que era vontade de seu pai que o filho mais velho ficasse com seis camelos, mas isso, na verdade, agora era mais do que a metade dos camelos. Os outros irmãos argumentaram que a divisão deveria ser, então, realizada por um juiz. O juiz disse: eu lhes empresto o meu camelo, que, depois, vocês me devolverão. Com doze camelos é possível fazer a conta tal como o pai de vocês havia pensado. Achimed ficou com a metade dos camelos, isto é, com seis. Áli recebeu o seu um quarto, ou seja, três camelos. E,

finalmente, Benjamin levou consigo dois camelos, um sexto do total dos camelos a serem divididos. Distribuídos onze camelos, os irmãos devolveram então ao juiz o décimo segundo camelo, aquele que havia tornado possível a divisão dos bens.

Os princípios implícitos, enquanto construções paradoxais, funcionam como um “décimo segundo camelo”. O sistema pressupõe a existência desses princípios para dar continuidade a suas operações, inserindo novas distinções criativas. Todavia, por não estarem expressos, eles são criados no momento da decisão, razão pela qual se pode afirmar, de modo paradoxal, que eles existem e não existem ao mesmo tempo ou, ainda, que eles existem porque não existem no sistema:

(...) os princípios existem no sistema porque não existem no sistema: a prova disso é que o sistema pode usá-los em suas decisões, “construindo” uma nova realidade. Cada decisão é pressuposto de uma decisão ulterior, tornando possível que, a partir dela, novas e criativas diferenças possam ser introduzidas. Porém, o sistema deve realizar tudo isto a partir de um único imperativo — o de sua coerência interna.<sup>36</sup>

A partir deles, o sistema constrói a sua própria realidade, buscando descrevê-la de um modo não paradoxal, o que leva ao ocultamento dos paradoxos e, portanto, dos próprios princípios constitucionais implícitos entendidos como construções paradoxais.<sup>37</sup>



## Conclusão

A partir da teoria da sociedade moderna de Niklas Luhmann, buscou-se descrever o modo de funcionamento complexo e paradoxal do sistema jurídico ao reconhecer e aplicar princípios constitucionais implícitos. Ao invés de fugir dos paradoxos, buscando ocultá-los através de construções semânticas artificiais, procurou-se, em suma, observar de forma não paradoxal algo que é, em si, paradoxal.

Com essa perspectiva, parte-se do pressuposto de que toda descrição da realidade é, na verdade, uma construção da própria realidade. Como não há um observador último capaz de enxergar os fundamentos “intrínsecos” e “externos” da sociedade e também do direito, toda tentativa de observar a realidade na qual operam estes sistemas é, na verdade, sempre uma tentativa de auto-observação, o que impede que seja atingida uma espécie de verdade última e fundamental, mas apenas propicia a formulação de descrições contextualizadas e contingentes.

Ao descrever os paradoxos inerentes à constituição autorreferente do sistema jurídico, a teoria da sociedade permite observar o que outras teorias não observam; ou, em outros termos, permite observar aquilo que outras teorias não observam que não observam: os paradoxos. Isto não aponta, de forma alguma, para uma suposta superioridade ou para um suposto caráter privilegiado da teoria sobre as demais. Apenas indica a riqueza dos seus pontos de vista e, também, as suas próprias limitações, já que, ao contrário das demais, ela não fornece novas estratégias de “desparadoxação”, mas somente descreve os aspectos artificiais e paradoxais das já existentes.

Especificamente em relação ao direito e aos princípios constitucionais implícitos, ao observar a artificialidade e a precariedade de todas as estratégias “desparadoxantes”, a teoria da sociedade pode apontar novas possibilidades de

assimetrização e uso criativo dos paradoxos, permitindo que a teoria do direito reconheça o caráter paradoxal do modo de funcionamento autorreferente do sistema jurídico e possa refletir sobre outras alternativas mais complexas e adequadas de “desparadoxação”.<sup>38</sup>

Em suma, a teoria permite observar a riqueza das alternativas e possibilidades existentes para o uso criativo dos paradoxos a partir do reconhecimento e aplicação dos princípios constitucionais implícitos. De acordo com essa perspectiva, pode-se visualizar os perigos da assunção de pontos de vista reducionistas e deterministas, em que os princípios são utilizados como forma de legitimação para a imposição de interpretações rígidas, unilaterais e supostamente superiores.<sup>39</sup>

## Referências

ARAUJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Politica, sistema juridico e decisão judicial*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Tradução de Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 39,

jan./jun. 2001.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Séoergio Antonio Fabris, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 49, p. 149-168, jul. 1990b.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. Trad. Christian Courtis. *No hay derecho*, Buenos Aires, ano 5, n. 11, ago./out. 1994.

LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. New York: Columbia University Press, 1990a.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione como Acquisizione Evolutiva. In: ZAGREPELSKY, Gustasvo; PORTINARO, Píer Paolo; LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. Operational Closure and Structural Coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, New York, v. 13, n. 5, p. 1419-1441, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sistema Juridico y Dogmatica Juridica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983a.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *The Ditterentiation of Society*. Trad. Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

LUHMANN, Niklas. The Third Question: the Creative use of Paradox in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*, v. 15, n. 2, 1988.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: Jm Ed., 1997.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a interpretação jurídica. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 429-450, 1998.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

NAFARRATE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Niklas Luhmann. *Lua Nova*, São Paulo, n. 51, 2000.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: Jm Ed., 1997.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. *Seqüência* 21 Anos: *Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 28, p. 1-14, jun. 1994.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

---

<sup>1</sup> “Art. 5º (...). §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>2</sup> A inspiração para a redação do artigo foi retirada de uma análise semelhante efetuada pela professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) Juliana Neuenschwander Magalhães sobre o uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia. Cf. MAGALHÃES (1997). Suas análises foram utilizadas como referência teórica para as reflexões desenvolvidas no artigo.

<sup>3</sup> Tendo em vista toda a complexidade e amplitude da teoria luhmanniana, proceder-se-á apenas a uma exposição superficial dos pontos estritamente necessários à compreensão das principais análises do artigo. Para uma descrição sintética das teses centrais da teoria, cf. LUHMANN (1982, p. 69-89), LUHMANN (1990a, p. 1-20), ARAUJO PINTO (2003, p. 161-197) e NAFARRATE (2000).

<sup>4</sup> “A ‘*teoria della società*’ permite a descrição do direito, da economia, da ciência, da política..., como sistemas que constituem a sociedade, segundo perspectivas particulares a cada um deles”

(NICOLA, 1997, p. 224).

<sup>5</sup> Cf. BARALDI, CORSI e ESPOSITO (1996, p. 31-34).

<sup>6</sup> “A assertiva paradoxal, consequência da impostação autopoiética, de que um sistema é aberto porque é fechado significa que apenas quando o sistema é capaz de traçar o limite que o separa, como âmbito autônomo, do seu ambiente, é que é possível observar “irritações” entre eles (problema da abertura)” (NICOLA, 1997, p. 226-227).

<sup>7</sup> “A característica da binariedade é uma drástica redução das possibilidades a duas opções excludentes. Um código pode ser visto, nessa linha, como uma técnica de redução da complexidade dos processos de elaboração de informações. O código é sempre uma estrutura interna ao sistema. Portanto, a operacionalização técnica das estruturas do sistema é possível por meio da simetria do código” (CAMPILONGO, 2002, p. 99). O trecho a seguir transcrito é bastante esclarecedor: “O sistema autopoiético é autônomo porque a produção de novos elementos depende das operações precedentes e constitui pressuposto para as operações posteriores. A cada operação, o sistema entra em contato consigo mesmo. A noção de fechamento operacional indica esta situação. Porém, ela não implica em que o sistema possa existir sem um ambiente. (...) Isto quer dizer que as “interferências” econômicas, políticas, morais, irritam o direito apenas na medida em que sua estrutura pode tolerar; significa, ainda, que a economia, enquanto forma de pagamento em dinheiro, não entra no direito, mas é “decodificada” juridicamente em legal ou ilegal” (NICOLA, 1997, p. 227-228).

<sup>8</sup> De acordo com a teoria luhmanniana, as expectativas podem ser de duas espécies: cognitivas ou normativas. As primeiras são aquelas que se modificam em caso de frustração, como no exemplo de uma nova descoberta científica que leva à

reformulação de uma teoria já consolidada. As segundas são aquelas que se mantêm mesmo diante de desapontamentos, como, por exemplo, expectativas comportamentais fundadas em determinações legais, que, em caso de frustração, ao invés de se modificarem, levam ou ao menos permitem a reprovação do comportamento desviante a partir da disponibilização de um mecanismo judicial de solução de conflitos. O sistema jurídico possui normas e procedimentos que possibilitam a generalização dessas expectativas normativas de modo que os indivíduos possam se orientar antecipando o provável comportamento dos outros. Obviamente, a possibilidade de desapontamento está sempre presente, mas o apelo às normas legais e à coerção juridicamente legitimada permite a manutenção da expectativa frustrada ao invés do seu simples abandono. O direito, em suma, nos ensina a não aprender, ou seja, a não assimilar a possibilidade de comportamentos ilegais — muitas vezes numerosos — como algo normal a que tenhamos que nos adaptar; daí o seu caráter contrafático. De acordo com essa concepção, o direito seria menos uma técnica de controle social coercitiva — tese que constitui um lugar comum no âmbito da dogmática jurídica tradicional — do que um alívio institucional para as expectativas comportamentais. Para maiores informações acerca das funções e características do sistema jurídico no contexto da teoria luhmanniana, cf. LUHMANN (1994), LUHMANN, (1992), LUHMANN (1983b) e ROCHA (1994).

<sup>9</sup> No decorrer da evolução da sociedade — evolução aqui entendida sem nenhum aspecto valorativo, mas sim como o constante incremento de complexidade estruturada —, a vigência do direito foi sempre justificada a partir de um fundamento externo ao próprio sistema jurídico; uma espécie de núcleo imanente e imutável que supostamente exercia a função de limitar a contingência do direito positivo, subordinando a validade de suas normas à observância de um ideal metafísico de justiça, que poderia ser a natureza, Deus ou até mesmo a própria razão



humana. Este núcleo imanente correspondeu exatamente aos diversos paradigmas de direito natural formulados ao longo da história ocidental. Com a diferenciação funcional da sociedade, os fundamentos do direito não mais poderiam remeter a fatores externos. Deveriam ser encontrados no interior do próprio sistema. A consolidação dos movimentos constitucionalistas propiciou, justamente, um critério de fundamentação interna, isto é, autorreferente. O direito positivo — construído, basicamente, a partir de decisões legislativas — passou a se subordinar apenas à Constituição, também entendida como fruto de um processo decisório. O advento da modernidade possibilitou, então, que o direito, com o auxílio da ideia de Constituição, pudesse se estruturar na forma de um sistema plenamente diferenciado e autônomo, não mais subordinado a fundamentos externos e transcendentais. Positividade, em suma, significa que todo o direito vigente é produzido a partir de uma decisão e, portanto, pode ser modificado por processos decisórios regulados pelo próprio sistema jurídico. Esta mutabilidade pode ser encarada, ao mesmo tempo, como requisito e como consequência do surgimento de uma sociedade funcionalmente diferenciada e, portanto, inerentemente mutável. Para maiores informações acerca da configuração moderna do sistema jurídico e do seu caráter autorreferencial; cf. LUHMANN (1985).

<sup>10</sup> Na tradução original em língua inglesa: *There are paradoxes everywhere we look for foundations* (LUHMANN, 1988, p. 154).

<sup>11</sup> MAGALHÃES (1997, p. 248). Para mais informações acerca da constituição autorreferente e paradoxal do sistema jurídico moderno, cf. TEUBNER (1993, p. 1-26).

<sup>12</sup> “Para a teoria dos sistemas autopoieticos o termo paradoxo se refere a um fenômeno da observação e da descrição — o fato de que a aceitação de uma descrição tenha como consequência a aceitação de uma descrição oposta. A observação dos paradoxos

bloqueia a observação e a descrição do sistema, embora a própria *autopoiesis* do sistema continue, às cegas. Em relação ao sistema, o paradoxo é antes um pressuposto de sua *autopoiesis*. (...) A condição constitutiva paradoxal dos sistemas auto-referenciais permanece latente e o paradoxo vai aparecer somente quando um sistema auto-referencial e, portanto, em condições de observar, observa a si mesmo. Essa auto-observação se mostra particularmente problemática no caso específico dos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade moderna. Estes, através de uma forma específica de auto-observação chamada reflexão, se auto-observam enquanto sistema. Em uma reflexão, um sistema se serve da distinção sistema/ambiente para observar a sua unidade enquanto sistema (é o único caso em que um sistema observa a si mesmo no seu conjunto e não em uma única operação)” (MAGALHÃES, 1997, p. 249-250).

<sup>13</sup> Cf. LUHMANN (1983a, p. 27-42).

<sup>14</sup> “(...) a dogmática jurídica vai integrar o sistema do direito em nível das premissas decisórias, articulando-as como elementos das respectivas decisões e mantendo-as fixas para os futuros casos (...). Com isto, o direito produzido fica congruente com o direito já existente, mantendo-se assim uma consistência interna do sistema” (MAGALHÃES, 1997, p. 255).

<sup>15</sup> MAGALHÃES (1997, p. 253).

<sup>16</sup> “No nível da reflexão (...), o paradoxo da diferença vista como identidade de valores contrários (re)aparece, pois toda auto-descrição fatalmente com ele se depara. O paradoxo, no entanto, deve ser ocultado, permitindo assim o contínuo restabelecimento desta identidade. Se nós observarmos as teorias clássicas do direito, num nível superior de observação de suas observações, então poderemos ver que estas teorias têm se caracterizado pela tentativa de evitar o encontro com esse paradoxo, lançando mão

de instrumentos semânticos provisórios e ineficientes” (MAGALHÃES, 1997, p. 251).

<sup>17</sup> Cf. LUHMANN (1988, p. 153).

<sup>18</sup> MAGALHÃES (2002, p. 151-152).

<sup>19</sup> A utilização da figura do juiz serve apenas para simbolizar alguém que, no interior do sistema jurídico, encontra-se na posição de estar obrigado a adotar uma decisão, aplicando seletivamente o código binário direito/não direito. Logo, além dos magistrados propriamente ditos, as observações valem também para membros de órgãos e entidades administrativas que desempenham atividades judicantes ou mesmo qualquer cidadão que procure determinar, conclusivamente, o que é e o que não é direito em uma situação específica, concreta ou hipotética. Embora neste último caso não haja a obrigação institucional de decidir, o paradoxo também estará presente, ao menos no plano da pura reflexão pessoal sobre aquilo que é e aquilo que não é direito. Essa ressalva serve para todas as observações elaboradas no decorrer do presente artigo.

<sup>20</sup> O exemplo suscita a reflexão acerca da importância da proibição de denegação da justiça, tradicionalmente conhecida como princípio do *non liquet*. De acordo com Luhmann, este princípio permite o fechamento operacional do sistema jurídico, que, como vimos, é pressuposto para a sua abertura cognitiva. Ao coagir o sistema à tomada de uma decisão que aplique seletivamente o código binário direito/não direito, a proibição de denegação da justiça fixa a competência universal do sistema do direito para todas as demandas que lhe são direcionadas, garantindo, assim, a sua clausura operativa. Ao mesmo tempo, ela possibilita que o sistema funcione de maneira aberta em relação ao seu ambiente, pois o direito deverá processar todos os tipos de questões formuladas em termos jurídicos, estejam ou não

previamente reguladas em lei. Para maiores informações acerca da função desempenhada pelo princípio do *non liquet*, que seria capaz de demarcar a distinção não hierárquica entre o centro e a periferia do sistema jurídico, cf. LUHMANN (1990b, p. 159-165).

<sup>21</sup> Sobre as construções elaboradas pela teoria jurídica contemporânea para tornar coerente a descrição do sistema do direito: “Esta história ilustra o fato de que não existe uma só racionalidade, ou uma única possibilidade de “ter razão”. A perspectiva hermenêutica procura reconstruir uma racionalidade para as decisões, primeiro através da superioridade de um intérprete capaz de descobrir, a cada situação concreta, a melhor resposta e, depois, através de procedimentos e construção de argumentos que levam à construção intersubjetiva da resposta adequada. O professor que decide que ambos os alunos têm razão funciona como um observador de segunda ordem, capaz de indicar as razões de ambos os alunos como racionais” (MAGALHÃES, 2002, p. 152).

<sup>22</sup> MAGALHÃES (1997, p. 251).

<sup>23</sup> “O direito funda-se num paradoxo: o paradoxo da unidade da diferença entre direito e não-direito. Essa diferença — entre aquilo que, na sociedade, não é direito e aquilo que, na sociedade, é direito — na história das teorias jurídicas manifestou-se/ocultou-se de diversas formas, ou seja, através da introdução de assimetrias tais como Direito Natural/Direito Positivo, ser/dever-ser, princípios/regras, etc. Referências externas ao direito, clássicas na teoria jurídica, tais como a Natureza, Religião (Deus), Moral (Razão), Política (Soberania), etc., funcionam como uma espécie de interrupção da circularidade na qual se funda o direito: o direito que tem o direito de dizer o que é direito e o que não é direito. Toda vez que as modalidades da auto-reflexão do sistema jurídico se viram confrontadas com a circularidade constituinte do direito, tratou-se de inventar fórmulas que apresentem, para além da

tautologia do círculo, um fundamento último para o direito. No entanto, estas estratégias são precárias e artificiais, no sentido de que não descrevem a realidade do modo em que, na sociedade, se produz e, portanto, se autolegitima o direito da sociedade. Elas apenas encobrem esta realidade que, tal como é, não pode ser observada pelas teorias jurídicas, comprometidas com a decidibilidade dos “conflitos” através do direito: o direito opera no sentido de produzir decisões jurídicas, mas não pode, a cada decisão, confrontar-se com a questão relativa à sua legitimidade — o direito ao direito — para fazê-lo. Ocorre que, mais cedo ou mais tarde, os artifícios criados pelas teorias têm sua plausibilidade exaurida, e o paradoxo, latente, volta a aparecer. Assim ocorreu com a máscara da soberania, assim ocorreu com precária metáfora do contrato social, com a anterioridade dos direitos naturais diante daqueles ditos positivos, com a pressuposição da norma fundamental kelseniana e, também, com as tentativas de fundar o direito, visto como um texto, nos mais diversos contextos. Toda vez que uma “máscara” cai, os limites das teorias tornam-se bastante evidentes, ou seja, o paradoxo, que permanecia latente por detrás daqueles artifícios, volta a aparecer. Uma nova estratégia, então, tem de ser inventada. Com este propósito, no século XX tornaram-se bastante difundidas distinções que vêm ocultar o fato de que normas jurídicas sejam socialmente construídas como fatos sociais que, por sua vez, manifestam-se também como normas jurídicas: ‘ser/dever-ser’, ‘faticidade/validade’, ‘princípios/regras’ ou, ainda, ‘princípios/conseqüências’” (MAGALHÃES, 2002, p. 128-129).

<sup>24</sup> “O positivismo jurídico do século XIX havia introduzido uma distinção desparadoxante que implica a consideração de que as leis devem ser gerais, enquanto que a aplicação destas ao caso concreto deve ser feita de acordo com as particularidades de cada caso: a distinção entre legislação e jurisdição (administração da justiça)” (MAGALHÃES, 1998, p. 443).

<sup>25</sup> “(...) o direito do Estado de Bem Estar é, em larga escala, prospectivo, voltado para o futuro e sensível às conseqüências de sua aplicação” (CAMPILONGO, 2000, p. 92).

<sup>26</sup> “(...) a prática jurídica vai indicar que o Direito transforma-se com base em decisões, sejam elas legislativas ou judiciárias. Cada operação realizada no interior do sistema jurídico, cada observação feita com referência ao código do legal e do ilegal, vai modificar o próprio direito, pois vai possibilitar que a ela sejam conectadas ulteriores distinções. A modernidade estabelece, então, um outro artifício *desparadoxante* que é dirigido a ambos os níveis (da legislação e da decisão judicial), orientando-as em direção a suas conseqüências. LUHMANN diz que, neste caso, o que conta não é um princípio, uma dedução lógica ou uma elegante construção conceitual, mas a diferença que a decisão produz tanto na sociedade quanto no interior do próprio sistema do direito. Isto nos conduz à questão de sabermos se os efeitos do direito podem ser considerados como critério para a determinação do próprio direito: em outras palavras, se o direito pode ser orientado por suas conseqüências” (MAGALHÃES, 1998, p. 443-444).

<sup>27</sup> “Isto leva à discussão do problema da adjudicação e da tomada de posição dos juízes no sentido de estabelecer aquilo que a legislação não se mostra capaz (...) de realizar: um nível mais elevado de coesão ou, ainda, de abstração do direito. Assim, a prática jurisdicional e a dogmática jurídica, diante de um material normativo inadequado, vão buscar na orientação pelas conseqüências os critérios para a aplicação do direito. (...) A bipolaridade da diferença *princípio/conseqüência* implica que uma conseqüência deve ser previamente indicada para que seja estabelecido um princípio. Contudo, a conseqüência não pode ser estabelecida *a priori* já que, por sua vez, deve ser o resultado da indicação de um princípio. O direito opera com base em uma



condicionalidade por meio da qual o ilegal vem determinado pelo legal (e, neste sentido, o que não é direito pertence ao domínio do que é direito). A diferença princípio/conseqüência surge como uma distinção posterior, desenvolvida a partir desta diferença basilar entre direito e não direito. Assim, ela só se torna operativa na medida em que um princípio pode funcionar como condição de uma conseqüência” (MAGALHÃES, 1998, p. 445-446).

<sup>28</sup> Sobre a evolução histórica da figura dos princípios gerais do direito, cf. MAGALHÃES (1997, p. 258-266).

<sup>29</sup> Sobre o caráter paradoxal da figura dos princípios gerais do direito: “Um sistema jurídico pode dizer-se sistema se apoiado sobre alguns pontos fixos que, por tradição, nós chamamos “princípios gerais”. Os diversos ordenamentos jurídicos podem formular seus princípios gerais de maneira explícita e, neste caso, a atividade decisória se reduz a uma atividade de dedução. Uma decisão produzida desta maneira pode também ser chamada de “concretização”. Se os princípios de um ordenamento não são fixados explicitamente, torna-se necessário construí-los. A atividade decisória, então, vai consistir em uma construção, efetuada com base no material normativo existente, não podendo ser realizada a partir de referências externas ao sistema. Esta construção é sempre efetuada por indução de um conjunto de elementos concretos. Por indução, formulam-se os princípios gerais que são aplicados na atividade decisória. Neste caso, os princípios são internos ao sistema, pois, em certo sentido, estão presentes nele, ainda que não tenham sido expressamente formulados. No entanto, em sua formulação, estes são externos ao sistema, pois são construídos no momento da decisão” (MAGALHÃES, 1997, p. 255-256).

<sup>30</sup> Acerca da transformação dos princípios gerais do direito, inicialmente entendidos como cláusulas gerais de aplicação supletiva, em princípios constitucionais, vistos como verdadeiras



normas superiores possuidoras de eficácia imediata e não apenas supletiva ou meramente programática, cf. BONAVIDES (2002, p. 228-266). Sobre a importância dos princípios para a teoria e prática do direito contemporâneas, cf. Dworkin (2000).

<sup>31</sup> O art. 5º, §2º, da nossa Constituição Federal de 1988 contém a possibilidade de serem reconhecidos outros direitos fundamentais que não apenas aqueles elencados expressamente. Embora utilize a expressão “direitos e garantias”, pode-se entender que a Constituição também se refere aos princípios. Na verdade, direitos e garantias fundamentais funcionam como verdadeiros princípios constitucionais. Deixando de lado o rigor terminológico, direitos fundamentais e princípios constitucionais, em suma, se referem à mesma coisa, isto é, a dispositivos gerais e abstratos veiculados no texto constitucional e compreendidos como os “valores supremos” — seja lá qual for o sentido desta expressão — de uma Constituição. De acordo com Luhmann, estes princípios ou direitos desempenham um papel fundamental na sociedade moderna, assim como a própria Constituição, entendida como uma aquisição evolutiva que possibilita o acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política. Tendo em vista os objetivos mais restritos do presente artigo, estas considerações não serão analisadas com maior profundidade. Para maiores informações sobre a importância da Constituição e dos direitos fundamentais na teoria luhmanniana, cf. LUHMANN (1996) e CORSI (2001).

<sup>32</sup> MAGALHÃES (1997, p. 256).

<sup>33</sup> “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja ainda sido formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência

impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição” (BONAVIDES, 2002, p. 396). Oriundo do direito administrativo, em que primeiramente foi reconhecido para impor condicionamentos ao exercício do poder de polícia pelo Estado, o princípio da proporcionalidade foi consagrado no direito constitucional após a Segunda Guerra Mundial, com ampla aplicação no controle de constitucionalidade, principalmente em matéria de colisão de direitos fundamentais. Para maiores informações sobre o princípio da proporcionalidade, seus subprincípios e sua vinculação à teoria material da Constituição desenvolvida durante a vigência do modelo de Estado Social, cf. BONAVIDES (2002, p. 356-397).

<sup>34</sup> Sobre a configuração específica desses três subprincípios, cf. BONAVIDES (2002, p. 360-361).

<sup>35</sup> “Na prática (...), o reconhecimento de uma direta aplicabilidade dos princípios do direito faz surgir uma espécie de descondicionalização da decisão jurídica, porque o juiz vai ter a liberdade de decidir, com um alto grau de discricionariedade, sob a base de uma programação condicional extremamente flexível” (MAGALHÃES, 1997, p. 265). A análise dos riscos de desdiferenciação e de corrupção de códigos gerados pela relativa descondicionalização das decisões jurídicas na aplicação de princípios constitucionais — especialmente os implícitos, cuja discricionariedade no reconhecimento e aplicação é ainda maior, já que não estão sequer expressos no sistema — pode constituir um campo fértil para a pesquisa jurídica a partir do referencial teórico fornecido pela teoria da sociedade moderna de Niklas Luhmann: “(...) a questão é extremamente relevante e dá ensejo a pesquisas ulteriores, onde se pode discutir, com a profundidade necessária, os limites em que uma utilização política de figuras como a dos princípios gerais do direito não instauram no sistema jurídico processos de des-condicionalização das decisões ou, até mesmo, de ‘des-diferenciação funcional’ do sistema jurídico, introduzindo

nele valores exteriores aos do seu código” (MAGALHÃES, 1997, p. 273). Sobre os riscos de desdiferenciação que surgem quando as decisões jurídicas passam a ser orientadas a partir das suas consequências, cf. LUHMANN (1983a, p. 61-91).

<sup>36</sup> MAGALHÃES (1997, p. 277).

<sup>37</sup> “(...) podemos verificar um duplo paradoxo: primeiro, o paradoxo das descrições realizadas pelas teorias do direito, que pretendem descrever os princípios como existentes ou não existentes no sistema; segundo, o paradoxo do próprio modo de operar do sistema através dos princípios, o que constitui como que uma consequência do paradoxo da auto-referência do direito” (MAGALHÃES, 1997, p. 271).

<sup>38</sup> “As assimetriações são histórica e semanticamente variáveis. A sociologia se interessa por essas formas de assimetriação de um sistema do ponto de vista de suas funções e de seus equivalentes funcionais. Estudando e identificando as forma de assimetriação, a sociologia pode indicar outras assimetrias capazes de tornarem o sistema operativo. Essa constitui uma grande aquisição cognoscitiva da sociologia. A sociologia, de fato, não apenas observa o direito e as modalidades da sua auto-observação, mas pode indicar, também, estratégias diversas de assimetriações. Uma cooperação entre sociologia e teoria do direito, então, pressupõe que a teoria reconheça as coisas que previamente deu por supostas a partir de sua função de desparadoxação. Desta forma, também a teoria do direito pode transformar o paradoxo em uma qualidade do direito, perguntando-se sobre como este pode desparadoxar a si mesmo” (MAGALHÃES, 1997, p. 252).

<sup>39</sup> Para uma análise de como a possibilidade de reconhecimento e aplicação dos princípios constitucionais implícitos pode servir para legitimar a imposição de interpretações deterministas e autoritárias

da Constituição, com referência ao modo como a Suprema Corte Alemã utiliza esses princípios para impor sua compreensão particular do texto constitucional como uma forma de interpretação “superior” e “verdadeira”, cf. MAUS (2000).

---